

**La constitución de servidumbres de paso mediante convenio tácito en
Costa Rica**

**The establishment of easements of way through tacit agreements in Costa
Rica.**

José Daniel García Murillo*¹

Recibido: 01/01/25 • Aceptado: 23/01/25

¹ ORCID: 0009-0008-4884-8621. Abogado, licenciado en Derecho, graduado con honores en la Universidad de Costa Rica. Especializado en litigio y arbitraje.

Resumen

El presente escrito aborda un análisis de la posibilidad de constituir servidumbres de paso mediante convenio tácito. Se analiza el convenio como una fuente de derecho de suma relevancia en lo que respecta a la constitución de servidumbres de paso y su diferenciación con actos de mera tolerancia.

Palabras clave

Servidumbre, derecho real, convenio tácito, signos aparentes, servidumbre de paso, servidumbres continuas, servidumbres discontinuas.

Abstract

This document presents an analysis of the possibility of establishing easements of way through tacit agreements. It examines the agreement as a highly significant source of law concerning the creation of easements of way, as well as the unnecessary classification of easements as continuous and discontinuous, a distinction that has been abandoned in modern legal frameworks.

Keywords

Easement, real right, tacit agreement, apparent signs, easement of way, continuous easements, discontinuous easements.

Índice

Introducción

1. Conceptos generales
2. Constitución de servidumbres de paso a través del convenio tácito
 - i. ¿Qué se entiende por convenio en la legislación costarricense?
 - ii. Acerca de la jurisprudencia de la Sala Primera y el Tribunal Agrario
 - iii. Diferencias entre el convenio tácito y los actos de mera tolerancia
 - iv. Función económica y social de la servidumbre de paso

v. La normativa procesal civil de amparo de posesión de la servidumbre

3. Conclusiones

4. Bibliografía

Introducción

Las servidumbres de paso son esenciales para garantizar el acceso a terrenos rurales y urbanos en Costa Rica, permitiendo el ejercicio pleno del derecho de propiedad y fomentando actividades productivas y desarrollo urbano. Sin embargo, el convenio tácito, como mecanismo alternativo para constituir servidumbres, enfrenta desafíos legales y controversias que generan inseguridad jurídica y limitan su implementación.

Aunque la jurisprudencia ha avanzado en el tema de los derechos reales, es necesario profundizar el análisis en lo que respecta a la constitución de servidumbres de paso mediante convenio tácito, sin necesidad de acudir necesariamente a un convenio inscrito registralmente o que conste de manera escrita. Esto requiere un análisis exhaustivo basado en doctrina, normativa y jurisprudencia moderna, para establecer criterios claros que fortalezcan la seguridad jurídica y optimicen el ejercicio de los derechos reales de propiedad más allá de replicar criterios que se han establecido en la jurisprudencia y la doctrina tradicional.

El propósito de este estudio es clarificar la aplicabilidad del convenio tácito en la constitución de servidumbres de paso, contribuyendo al desarrollo de jurisprudencia orientada a maximizar los beneficios sociales, económicos y urbanos de esta figura en Costa Rica.

Se pretende aplicar esta figura de la mano de elementos probatorios como la prueba testimonial y declaración de parte que permiten acreditar la existencia de un negocio jurídico. Además, la propuesta es buscar que no solo se analice la existencia de un convenio tácito, sino también su comprobación a través de actos posesorios que trasciendan el tiempo, de manera pública, pacífica e interrumpida, acreditando un ejercicio de buena fe de la posesión sobre el fundo sirviente bajo la certeza de un convenio con el propietario del fundo sirviente.

La constitución de servidumbres de paso mediante convenio tácito es una figura cuya aplicación debe ser reconocida en Costa Rica. Utilizando como fuente integradora la jurisprudencia, la doctrina y el Código Civil costarricense, se puede garantizar la utilidad económica, social y urbana de la propiedad, con lo cual se brinda seguridad jurídica en el

ejercicio de este derecho real.

Esta investigación empleará una metodología descriptiva-analítica, combinando métodos deductivos, comparativos e inductivos para analizar la doctrina, jurisprudencia y normativa, tanto nacional como internacional, relacionadas con la constitución de servidumbres mediante el convenio tácito. Se realizará una revisión documental abarcando textos académicos, leyes, y otros documentos relevantes que permitan un enfoque integral sobre esta figura jurídica.

1. Conceptos generales

La servidumbre es un gravamen en predio ajeno. El tratadista Alberto Brenes Córdoba define el derecho real de servidumbre como aquel en que *“en provecho de un predio suelen establecerse en otros pertenecientes a distinto propietario, ciertos servicios que con el carácter de gravámenes permanentes implican limitaciones en el ejercicio de algunos atributos de la propiedad”*².

En el ámbito jurídico costarricense, el tipo de servidumbres, atendiendo a su contenido o a la utilidad que reportan al predio dominante, se caracteriza por su naturaleza de *numerus apertus*, lo que significa que no existe una lista exhaustiva o taxativa de las servidumbres que pueden ser constituidas. A diferencia de otros sistemas legales, donde se establecen servidumbres típicas con contenido específico regulado por la ley, en Costa Rica la libertad contractual y la creatividad jurídica permiten la constitución de servidumbres innovadoras adaptadas a las necesidades particulares de cada caso, siempre y cuando no contravengan las normas imperativas del ordenamiento jurídico, ni perjudiquen excesivamente al predio sirviente. Es decir, son un traje a la medida que se pueden adaptar al caso o utilidad social o económica para su constitución.

No obstante lo anterior, doctrinalmente es relevante retomar ciertas clasificaciones que sirven de referencia para el análisis específico de la constitución de la servidumbre de paso en Costa Rica a través del convenio tácito, como lo es la clasificación de las servidumbres como aparentes / no aparentes y como continuas / discontinuas:

a. Servidumbres aparentes/no aparentes

Dentro del ámbito de las servidumbres, las servidumbres aparentes ocupan un lugar

²Alberto Brenes Córdoba. Tratado de los Bienes. Con notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagné (Ed. Juricentro S. A., 2001), 87.

especial. Estas se caracterizan por la presencia de construcciones y elementos externos y visibles que evidencian su existencia. Elementos como puertas, ventanas o caminos son permanentes y permiten inferir que existe un derecho de servidumbre a favor de un predio dominante sobre un predio sirviente. Un ejemplo claro de servidumbre aparente es un camino trazado a través de un predio. La presencia de este camino, visible y accesible, indica que el propietario del predio dominante utiliza el predio sirviente para acceder al mismo desde una vía pública de comunicación.

Sin embargo, la mera existencia de una estructura externa no es suficiente para determinar que se trata de una servidumbre aparente. La ley requiere que la estructura sea un indicio claro y directo del ejercicio de la servidumbre. En contraste con las servidumbres aparentes, las servidumbres no aparentes no son evidentes a simple vista. Estas no muestran señales externas visibles de su existencia, por lo que su establecimiento y prueba requieren de formalidades legales más rigurosas.

La resolución N° 00026 - 1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, aborda esta clasificación de la siguiente manera: *“Existen diversos tipos de servidumbres. Las hay aparentes y no aparentes (Arts. 378 y 379), las primeras suponen la existencia de signos externos de carácter permanente que las revelen, en tanto que las no aparentes no se manifiestan a los sentidos”*³.

b. Servidumbres continuas/no continuas

Las servidumbres continuas se distinguen por su uso constante o potencialmente constante, sin requerir la intervención humana directa en cada acto de ejercicio de su contenido. En otras palabras, la servidumbre opera por sí misma, sin necesidad de una acción humana inmediata para su funcionamiento. Según la definición de Ricardo Guerrero, *“debemos entender como servidumbre continua aquella cuyo ejercicio se lleva a cabo sin necesidad de un acto o actividad del hombre, ejemplo el acueducto y como discontinua, aquella que para su ejercicio o disfrute requiere de la actividad del hombre”*⁴.

En contraste, las servidumbres discontinuas se caracterizan por un uso que ocurre en intervalos más o menos largos y depende de acciones específicas del ser humano. Para ejercer la servidumbre, es necesaria una intervención activa del ser humano. Guerrero Portilla señala que *“un criterio de discusión doctrinal se encuentra en una forma de conceptualización, ya que para unos son continuas cuando la servidumbre da una continua*

³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Voto número N° 26 del 15 de marzo del 1991”.

⁴ Ricardo Guerrero Portilla. La servidumbre de paso (Editorial Alma Mater, 1986), 57.

utilidad y discontinua cuando la utilidad se obtiene intermitentemente por un despliegue de actividad del hombre”⁵.

Es preciso mencionar que en la legislación costarricense no existe ninguna norma que defina qué se entiende por servidumbres continuas y discontinuas. Dicho concepto proviene del Código Civil francés; no obstante, se comparte el criterio de autores modernos, como el español José Manuel Busto Lago, en el sentido de que esta clasificación está desactualizada y es errónea⁶, siendo eliminada en múltiples códigos civiles en la región europea y latinoamericana, debido a que es posible una posesión continua de las servidumbres de paso (que es un ejemplo de servidumbre discontinua) mediante un ejercicio constante mas no ininterrumpido sobre la cosa. La continuidad se establece en función de la realización de actos que ejerciten el derecho, no en función del uso constante ininterrumpido.⁷

Sin perjuicio de la errónea clasificación de las servidumbres como continuas y discontinuas, la jurisprudencia de la Sala Primera en Costa Rica ha definido que la servidumbre de paso es por su naturaleza discontinua, debido a que para la utilización de la servidumbre de paso se requiere de la presencia y un acto humano, que no es ininterrumpida, como el caso de las servidumbres eléctricas o de conducciones de agua (servidumbre de acueducto) en que el uso sí es continuo⁸. Lo anterior, nos hace llegar a la conclusión de que las servidumbres de paso son discontinuas de conformidad con la jurisprudencia tradicional actual, lo cual es relevante para el presente análisis de su constitución a través de convenio tácito.

2. Constitución de servidumbres de paso a través del convenio tácito

⁵ *Ibíd*, 58.

⁶ *La afirmación conforme a la cual no es posible la posesión continua de las servidumbres rústicas es errónea, puesto que para que la posesión pueda reputarse continua no es necesario que el poseedor esté continuamente ejercitando el derecho sobre la cosa (en el ejemplo anterior, no es necesario que el poseedor pase ininterrumpidamente a través del predio ajeno), sino que es suficiente que los actos de ejercicio de la posesión se realicen siempre que sea necesario de acuerdo con la naturaleza del derecho poseído y el destino de la cosa (v.gr., la servidumbre de paso se poseerá de un modo que puede calificarse como continuo siempre que se realice el paso tantas veces como sea necesario de acuerdo con el destino objetivo del fundo dominante)* (José Manuel Busto Lago. “La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso (Ed. EDESA, 2000), p. 26.

⁷ José Daniel García y Natalia Barboza. “El reconocimiento de la usucapión y el convenio tácito en la adquisición de las servidumbres de paso en Costa Rica”. Tesis para optar por el grado de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2023., p. 117.

⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 01864 – 2021 emitida a las 10:35 horas del 19 de octubre de 2021 y Resolución N° 00869 – 2012 emitida a las 9:30 horas del 26 de julio de 2012.

El convenio tácito o negocio mudo, corresponde a una forma para constituir el derecho real de servidumbre de paso y darle efecto legal. Este se realiza a través de un negocio jurídico o acuerdo de voluntades por parte del propietario del fundo sirviente a favor del fundo dominante manifestado en los actos de posesión y ejercicio del derecho real de servidumbre de paso en un periodo prolongado, mediante actos de posesión públicos, pacíficos y notorios.

En lo que respecta a la constitución de servidumbres de paso, como ejemplo de servidumbre discontinua, sea o no aparente, los artículos 308 y 379 del Código Civil costarricense establecen lo siguiente:

*ARTÍCULO 308.- Tratándose de servidumbres continuas no aparentes, o de servidumbres discontinuas, el reclamo, para ser atendible, debe fundarse en **título** que provenga del propietario del fundo sirviente, ó de aquellos de quienes éste lo hubo. (el resaltado es propio)*

*ARTÍCULO 379.- Las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas no aparentes, sólo pueden constituirse por **convenio** o por última voluntad. La posesión, aun la inmemorial, no basta para establecerlas. (el resaltado es propio)*

Al analizar de los citados ordinales es preciso abordar los siguientes elementos: (i) la naturaleza discontinua de la servidumbre de paso que se discute; y (ii) la naturaleza del convenio o título como un medio para constituir las servidumbres discontinuas.

Tal como quedó establecido en el apartado anterior, la servidumbre de paso es catalogada tradicionalmente como discontinua. Ahora bien, en lo que respecta al convenio, entramos en una disyuntiva similar, no existe en el Código Civil una norma que defina qué se entiende por convenio o título, el Código Civil deja abierta la posibilidad de que el convenio pueda ser escrito, verbal o incluso a partir de hechos que expresen dicho consentimiento del dueño del fundo sirviente (convenio tácito).

i. ¿Qué se entiende por convenio en la legislación costarricense?

En cuanto a qué se entiende como convenio, éste es definido por Guillermo Cabanellas como: “*el concierto de voluntades, expresado en convención, pacto, contrato tratado o ajuste. Sinónimo de cualquiera de estos vocablos que implican acuerdo, por la*

elasticidad y uso generalizado que a convenio se le da; no obstante, las diferenciaciones técnicas que en cada remisión se concretan... ”⁹.

El convenio se presenta como una figura jurídica flexible, cuya esencia radica en la manifestación del consentimiento, entendido como el acuerdo de voluntades. En el Voto número 92, emitido por la Sala Primera a las 10:00 horas del 21 de junio de 1991, se aborda también la naturaleza polisémica del término "título" o "convenio":

En cuanto al título nuestra legislación no es uniforme en relación con su nomenclatura. Se dice “título”, “título traslativo de dominio”, “justo título”, Se distingue entre “título inscribible” del “no inscribible”, algunos son “idóneos” o “hábiles” en contraposición con los “nulos” o “ineficaces”. Puede ser que el sujeto “tenga” o “no tenga” título. e incluso hasta se distingue el título “del poseedor” de aquél “título supletorio” o el “posesorio”. La doctrina y la jurisprudencia refieren al título “como documento” y “como negocio jurídico” y “como causa” (...)¹⁰

Del extracto se concluye que el convenio o título debe interpretarse como un negocio jurídico que refleja la voluntad de las partes, sin importar la forma en que dicho consentimiento sea exteriorizado o el formalismo en que se exprese. Su carácter flexible permite que, en este contexto, el consentimiento del propietario del fundo sirviente se traduzca en la autorización para que su propiedad sea utilizada como paso o de otras maneras por el dueño del fundo dominante¹¹.

Incluso, analizando el sistema de pesos y contrapesos de nuestro Código Civil en Costa Rica, el análisis amplio de la definición de convenio en los ordinales 308 y 379 es coincidente con el artículo 1008 referente al consentimiento, el cual establece que: *“El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca”*, siendo esta expresión final la que acoge el convenio tácito debido a que admite que el consentimiento en los convenios puede expresarse no necesariamente mediante documentos escritos o mediante palabra sino también mediante actos.

Del artículo 1008 del Código Civil se extrae que el consentimiento, que es uno de los requisitos del negocio jurídico o convenio para ser válido, presenta una definición

⁹Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 2, Editorial Heliasta, p. 365.

¹⁰ Sala Primera, Voto número 92, emitido por esta Sala a las 10:00 horas del 21 de junio de 1991.

¹¹ Sala Primera, Voto número 92, emitido por esta Sala a las 10:00 horas del 21 de junio de 1991.

amplia en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual permite acreditar que el consentimiento del propietario del fondo sirviente en el convenio tácito puede traducirse a través de actos o hechos concluyentes que lo acrediten como la posesión por sí misma que refleje la voluntad del propietario del fondo sirviente de otorgar la servidumbre.

Sin embargo, estos hechos deben ser concluyentes, notorios y prolongados en el tiempo, además de estar libres de violencia, y usualmente provenir de una relación cercana entre el propietario del fondo sirviente y dominante; de lo contrario, se trataría de actos unilaterales, meramente tolerados, que no demostrarían el consentimiento genuino del propietario del fondo sirviente.

En este contexto, resulta particularmente relevante la clasificación de las servidumbres aparentes, caracterizadas por la existencia de signos u obras que evidencian su uso, como en el caso de un paso. Cuando se trata de servidumbres de paso constituidas mediante un convenio tácito, es indispensable que existan signos visibles de uso continuo en el fondo sirviente, perceptibles por la comunidad. De lo contrario, no sería posible garantizar la certeza del consentimiento, elemento esencial para su constitución y para acreditar que no se causó un daño al propietario del fondo sirviente quien acordó que así fuese su uso.

ii. *Acerca de la jurisprudencia de la Sala Primera y el Tribunal Agrario*

La Sala Primera ha sostenido en la última década una línea jurisprudencial que rechaza la constitución de servidumbres mediante convenio tácito, argumentando que ello contraviene el artículo 379 del Código Civil. Dicho artículo establece expresamente que “la posesión, aún la inmemorial, no basta para establecerlas” [las servidumbres discontinuas]. Según este criterio, para constituir una servidumbre discontinua de paso sería necesario acreditar actos posesorios que demuestren el uso del paso, lo cual, según el análisis realizado por la Sala, está expresamente prohibido por la norma.

Sin embargo, este razonamiento incurre en una interpretación equivocada del precepto legal. En realidad, lo que el artículo 379 prohíbe es la constitución de servidumbres discontinuas mediante usucapión (posesión continuada), figura que requiere que se cumplan además los requisitos de un justo título, posesión y buena fe. No obstante, la norma no prohíbe la constitución de servidumbres discontinuas mediante título o convenio, incluso si este último es tácito el orinal deja abierta la posibilidad de constitución mediante cualquier modalidad de convenio.

Por lo anterior, y siendo que estamos en un sistema jurídico que permite la libertad probatoria siempre que esta no infrinja la ley, dicho convenio puede ser demostrado a través de medios probatorios como la prueba testimonial, pericial o incluso la declaración

de parte, a la cual erróneamente los tribunales suelen darle menor peso probatorio frente a la existencia de un documento escrito que evidentemente no aplicaría en el presente caso.

Adicionalmente, los actos posesorios prolongados y notorios constituyen elementos relevantes que no solo pueden corroborar la existencia de un convenio tácito, sino también acreditar la buena fe del poseedor. Estos actos pueden ser determinantes para que los tribunales evalúen la procedencia de eventuales indemnizaciones reclamadas por los propietarios de los fundos sirvientes, quienes a menudo buscan que se les resarzan los supuestos “daños ocasionados” por el uso de la servidumbre de paso.

Los actos posesorios acreditan de manera directa el consentimiento del propietario del fundo sirviente para constituir la servidumbre, y constituyen un elemento probatorio relevante que puede guiar el criterio del juzgador. En particular, la posesión pacífica, pública, ininterrumpida y ejercida a título de dueño de un paso (*rectius*. titular de un derecho real de servidumbre de paso) adquiere especial relevancia como prueba, ya que dichos actos de posesión suelen estar asociados con la convicción del poseedor sobre la legitimidad de su título; y del propietario del fundo gravado de la existencia de un derecho del poseedor a ejercitar este derecho sobre el fundo de su propiedad. Esta certeza difícilmente existiría en ausencia de un acuerdo o negocio jurídico en que la voluntad misma se evidencia a través del uso y posesión de la servidumbre.

Si bien existe un criterio tradicional que rechaza la propuesta de este artículo en la Sala Primera, vale la pena resaltar el criterio jurisprudencial de la Sala Primera en su Resolución N° 00869 – 2012 en donde expresamente se reconoce el valor del convenio tácito como un medio para constituir servidumbres de paso:

IX. (...) Así la servidumbre de paso es discontinua, porque no es posible que la persona esté pasando continuamente por el camino, vereda o senda de que se trate. El derecho y la carga no dejan de existir, aunque temporalmente no se ejercite, aunque sólo a intervalos se use. No puede ser continua ya que en estos casos, el goce se recibe directamente del predio gravado, sin que para su ejercicio, sea necesario un acto humano en virtud de que es consecuencia de un estado de hecho permanente, natural o artificialmente formado, entre los fundos dominante y sirviente, de manera que es posible el ejercicio de la servidumbre sin que se hagan precisos actos del ser humano. Esta distinción es importante, puesto que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean aparentes o no aparentes, sólo pueden adquirirse en virtud de título y no por prescripción. De esta forma, resulta aplicable el ordinal 379 del Código Civil, que establece que “las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas no aparentes, sólo pueden constituirse por convenio o por última voluntad. La posesión, aún la inmemorial, no basta para establecerlas”. Ante estas condiciones, en el caso concreto, contrario a lo que indica el casacionista, no resulta importante analizar la apariencia o no de la servidumbre de paso, ya que aunque exista una obra permanente realizada para su ejercicio que la catalogue como aparente, no por ello se convertirá en continua, y por lo tanto, su constitución solamente podía realizarse mediante convenio al efecto. Así las cosas, al existir un convenio que le dio origen a la servidumbre analizada, hecho que se refleja en los diversos planos extendidos para la información posesoria ([...]), no encuentra esta Sala, violación por indebida aplicación del canon 379 ibídem por parte del Tribunal; por el contrario, su interpretación se encuentra ajustada a la realidad e historia de las fincas en

conflicto. Ese precepto en ninguna parte exige la inscripción para su constitución, basta la existencia del convenio. En este asunto, los co-demandados no solo acreditaron la simple apariencia del gravamen, sino que además respaldaron ese dato y uso, por medio del título, el cual fue reconocido además, por la sentencia que aprobó la información posesoria. Aún así, a mayor abundamiento de razones, conviene aclarar que para esta Cámara, tratándose de servidumbres creadas con carácter voluntario, es suficiente acreditar la existencia del acto jurídico creador de la servidumbre, sin precisión de documento escrito formalizador de tal acto, porque la norma simplemente se refiere a convenio, el cual no es empleado en sentido material de un documento expreso, sino en el de “negocio jurídico”, de cualquier forma en que este se produzca, conforme a su propia naturaleza para su validez. En su momento, la señora M.Q. era la propietaria del bien que actualmente constituye la finca [...], por lo tanto, era la legitimada para gravar su finca con una servidumbre cuando se presentó la compraventa original en el año 1975, lo cual fue posteriormente ratificado al formalizarse la compraventa en 1986 y así valorado tanto por el Juez que aprobó la información posesoria como por el Tribunal del presente proceso. Por lo demás, también quedó acreditado que el señor L. conocía de la existencia de la servidumbre cuando adquirió el primer terreno que le vendió don A. (no [...]), ya que en la escritura las partes mencionaron la servidumbre de conformidad con el plano catastrado número [...]. Este último plano no ha sido cancelado ni modificado, y fue debidamente levantado al amparo del cardinal 12 de la Ley para el Ejercicio de la Topografía y la Agrimensura que señala: “Las personas autorizadas por ley que ejerzan la topografía o la agrimensura, tendrán fe pública en el ejercicio de su función como agrimensores”. Tampoco es cierto que el Tribunal aplicó indebidamente el precepto 378 ejúsdem, ya que en la especie no se trata de una servidumbre continua, sin embargo, como lo establece el precepto citado, las continuas también pueden adquirirse por convenio o por última voluntad, por lo cual no hubiese existido quebranto del postulado en caso de discutirse una servidumbre de esa naturaleza. Por las mismas razones, tampoco era posible considerarla constituida “por destino de padre de familia” (artículo 380 ibídem). La norma aplicada por los juzgadores fue la del 379 del Código Civil, al respecto establecieron claramente lo siguiente: “... debe tenerse presente que el acceso a la... calle de la finca [...] es una servidumbre por su naturaleza discontinua y aparente pudiéndose constituir aquella por contrato o por última voluntad de conformidad con el artículo 379 del Código Civil...” (grabación del dictado de la sentencia al ser las 14 horas 52 minutos). Ello dice, que el análisis realizado en sentencia se encuentra acorde con el precepto, máxime que el fallo está debidamente fundamentado en torno a la existencia del convenio que le dio origen a la servidumbre que pesa sobre la finca propiedad los accionantes no. [...]; para lo cual se analizó integralmente la prueba existente en el proceso, como el expediente de información posesoria, los diversos planos de las propiedades que datan del año 1980 hasta el 2006 (visibles en el expediente del historial de fincas), las confesiones tanto del señor J. como del señor J.C. y en especial, el testimonio de formalización de la compraventa del terreno que actualmente corresponde a la finca [...] utilizado en el proceso de información posesoria. Debido a las consideraciones expuestas, no se encuentra la violación directa de los artículos 301, 376, 378, 379 del Código Civil y 9, 11, 45 de la Carta Magna; así como tampoco preterición de la prueba aportada en cuanto a este planteamiento, por cuanto no se ha vulnerado el derecho de propiedad del demandante. X. En torno a la existencia de signos que hacían presumir la existencia de la servidumbre, tal aspecto tiene relevancia para determinar que la falta de inscripción no le ocasionó daños y perjuicios al demandante. Lo anterior por cuanto el actual propietario del fundo sirviente conocía su existencia, esto se desprende ampliamente de la prueba confesional que se le realizó durante el debate.

Del criterio adoptado por la Sala Primera se desprenden varios elementos importantes. En primer lugar, destaca el reconocimiento del carácter informal del convenio para constituir una servidumbre, lo que implica que lo esencial es acreditar la existencia del negocio jurídico mediante la posesión misma, y no necesariamente a través de un documento escrito.

Asimismo, resulta relevante analizar los medios probatorios considerados por la Sala para demostrar la existencia del negocio jurídico. En este sentido, la Sala Primera da un peso significativo a la declaración de parte y la prueba testimonial, las cuales son utilizadas

para reconstruir la realidad y la historia de los fundos sirviente y dominante. Estos elementos resultan fundamentales para corroborar la existencia del convenio.

Un aspecto especialmente destacable es el análisis de la realidad económica y los antecedentes históricos del fundo sirviente. Estas características, **intrínsecas a la posesión**, son utilizadas por la Sala no solo para acreditar la buena fe del poseedor, sino también para sustentar la existencia del convenio tácito. Así, el uso mismo de la servidumbre se erige como un elemento probatorio clave, suficiente para demostrar la relación jurídica sin necesidad de recurrir a un título escrito, o incluso a un acuerdo verbal formalizado.

Finalmente, es preciso mencionar que, la Sala Primera reconoce los signos aparentes o actos de posesión de la servidumbre para analizar la procedencia de los daños reclamados por el propietario del fundo sirviente. La Sala Primera hace un análisis muy pertinente, en el sentido de que es contrario a cualquier sentido de la lógica que se solicite el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios por la existencia de una servidumbre que, en primer lugar, fue consentida por la misma propietaria del fundo sirviente en el negocio jurídico justamente porque así lo permitió por un largo periodo de tiempo.

Es decir, el propietario del fondo sirviente estaría contraviniendo sus propios actos al reclamar un supuesto daño que este mismo se causó al pactar el convenio años atrás o al expresarlo mediante sus propios actos de consentir el uso. La existencia de signos aparentes, según el extracto citado, incluso podría ser relevante para acreditar la buena fe del poseedor de la servidumbre de paso y así eximirlo del pago de cualquier indemnización reclamada por el propietario del fundo sirviente.

Como se mencionó, este criterio de la Sala Primera es un razonamiento prácticamente aislado, entorno al análisis de la constitución de servidumbres mediante convenio tácito. Actualmente, existe una corriente en la Sala Primera que ha adoptado una posición tajante en cuanto al rechazo del reconocimiento de servidumbres mediante convenio, ni a la acreditación de la existencia de daños al propietario del fundo sirviente mediante actos posesorios.

Desde otra perspectiva, existe una corriente creciente en la jurisdicción agraria costarricense que ha desarrollado la relevancia del convenio tácito como forma de constitución de la servidumbre de paso. Si bien la jurisdicción agraria se rige bajo fuentes del derecho y elementos diferentes al área civil, en que la costumbre puede ser fuente de derecho, el análisis no varía en el presente caso puesto que el análisis jurisprudencial

realizado en los Tribunales agrarios se fundamenta en la literalidad de la norma civil que permite la constitución de la servidumbre de paso a través de un convenio, independientemente de la forma.

La Resolución número 878 del 2013 emitida por el Tribunal Agrario desarrolla estos argumentos con detalle, destacando los fundamentos que apoyan esta tesis:

La normativa nacional, si reconoce como medio de adquisición de una servidumbre discontinua y aparente, el convenio, tanto en el caso de servidumbres continuas y aparentes como discontinuas (artículos 378 y 379 del Código Civil. (...)) En la realidad rural costarricense el convenio es una fuente importantísima de Derecho, normalmente expresado por costumbre en forma verbal. Es importante al respecto diferenciar el acto tolerado al convenio. La tolerancia es típicamente un acto unilateral que expresa una intención de quien otorga la tolerancia, de permitir una conducta o ciertos actos, sujetos a la condición de que en cualquier momento puede ser revocada, sin reclamo alguno de quien es beneficiario de la misma. En el convenio, aunque sea verbal, hay una expresión clara de consentimiento de las partes. Será un aspecto de prueba la demostración de ese consentimiento. Evidentemente, si bien la normativa señala que la posesión, aún la inmemorial, no basta para constituir servidumbres que llama discontinuas y aparentes, como la de paso, es jurídicamente correcto *afirmar que en la valoración probatoria de un convenio tácito, la existencia de una posesión pacífica, pública, ininterrumpida a título de dueño, de un paso, constituye un elemento probatorio de gran importancia. No, aceptar lo anterior, sería hacer nugatorio, el instituto de la posesión, tan prolijamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Los requisitos que se le impone al derecho de posesión, para ser reconocido como tal, son los contemplados en el artículo 856 del Código Civil, a saber: la calidad de propietario en forma continua, pública y pacífica. En el caso de un paso, esos requisitos, harían necesario que quien use el paso se considere dueño del derecho al mismo, el que sea un uso continuo, sin que ello signifique un ejercicio permanente del paso, pues ello sería contrario a la lógica, - como ya dijimos antes; lo que en realidad sería exigido sería un uso constante, a contrario sensu, de lo que la misma ley establece, como pérdida por no uso y luego que sea pública y pacífica. (...)* **Hay que recordar finalmente que nuestro derecho adhiere el sistema de transmisión de bienes por nudo consenso, no existiendo la obligación de que la servidumbre se encuentre inscrita para que opere de pleno derecho entre las partes que la han convenido por convenio tácito (...)** (El resaltado es propio.)¹²

Del extracto citado, que ha sido replicado en múltiples resoluciones del Tribunal Agrario, se complementa al análisis realizado por la Sala Primera anteriormente en la Resolución N° 00869 – 2012, ello porque el Tribunal Agrario reconoce el valor de los actos posesorios para orientar el criterio del juzgador al evaluar la existencia de un convenio tácito. Lo anterior se debe a que una posesión que sea pacífica, pública, ininterrumpida y ejercida a título de dueño de un paso evidencia la percepción del poseedor respecto a la legitimidad de su título. Tal percepción resulta difícil de sostener si no se encuentra respaldada por un convenio previo o por la existencia de un negocio jurídico que ampare el uso del predio ajeno.

Adicionalmente, el carácter público y continuo de la posesión refuerza la presunción de conocimiento por parte del propietario del fundo sirviente, lo cual podría

¹² Tribunal Agrario. “Resolución N° 00878 - 2013 de las 14:48 horas del 6 de septiembre del 2013”.

interpretarse como una aceptación tácita de la situación jurídica derivada de dicha posesión, especialmente cuando el ejercicio del paso suponga un perjuicio económico relevante para el fundo pretendidamente gravado. La valoración de estos actos posesorios como prueba exige una consideración integral del contexto fáctico y jurídico, incluyendo la existencia de indicios adicionales que permitan concluir razonablemente que la posesión deriva de un acuerdo explícito o implícito entre las partes. De esta forma, los actos posesorios, aunque indirectos, pueden consolidarse como elementos esenciales en el proceso probatorio para acreditar la existencia de una servidumbre.

Por último, es importante recordar que nuestro ordenamiento jurídico adopta el sistema de transmisión de bienes por nudo consenso, lo que implica que no es indispensable la inscripción de la servidumbre para que esta surta efectos de pleno derecho entre las partes que la han convenido, incluso de manera tácita.

En este contexto, la jurisprudencia agraria ha enfatizado que la constitución de una servidumbre no exige, en todos los casos, la inscripción del título que la respalda. Por el contrario, la normativa contempla que el convenio entre las partes ya sea inscrito o no, puede dar lugar a la creación válida de la servidumbre. Negar esta posibilidad implicaría desconocer la realidad práctica de numerosas relaciones jurídicas que, aunque no formalizadas mediante su inscripción en el registro correspondiente, existen y producen efectos entre las partes involucradas. Es frecuente que, en la práctica, muchos negocios jurídicos permanezcan sin inscribir, no porque carezcan de validez o eficacia, sino debido a diversos factores, como el desconocimiento, la informalidad o la ausencia de un requisito registral inmediato.

Por tanto, la validez de las servidumbres debe analizarse considerando tanto el acuerdo de voluntades manifestada en la propia posesión, como las circunstancias fácticas que evidencien su existencia y reconocimiento entre las partes, sin que la falta de inscripción desvirtúe necesariamente su válida y eficaz constitución¹³.

Bajo esta misma tónica de análisis, tómesese también en consideración el criterio del Juzgado Agrario del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica Resolución N° 2023000033 emitida a las 01:36 horas del 8 de febrero de 2023:

Por ello no resulta atendible el argumento de la parte actora de que no se aportó "convenio escrito" porque no rige un sistema de prueba tasada para acreditar esta circunstancia. Bajo esta

¹³ Véase en este mismo sentido la Resolución N° 00673 – 2024 emitida a las 13:53 horas del 11 de julio de 2024 por el Tribunal Agrario.

inteligencia, de esas declaraciones se desprende que evidentemente había un convenio o voluntad del titular del fundo sirviente (de Pedro Prado) para que el camino existente en su finca se destinara a servidumbre de la finca de su hermano (José Ángel), quien incluso lo mejoró hace más de veinte años. Asimismo si se analiza el plano catastrado de la finca que era de Pedro (hoy de la actora), se infiere que el plano catastrado No. SJ-815296-2002 (imagen 3), describe ese camino como "servidumbre" el cual conduce hacia finca de los demandados. (...) Aunque un plano catastrado por sí mismo no basta para constituir una servidumbre, el punto acá es que en virtud del principio de unidad de la prueba, si se valora ese documento con la contundente posesión ejercida por los dueños del fundo dominante, se colige con meridiana claridad que efectivamente se había constituido el convenio. El plano catastrado se confecciona haciendo coincidir la realidad material con la catastral. (...) Además la actividad agraria en la finca de los demandados fue posible en razón de esa servidumbre que ha tenido por casi seis décadas y que es reconocida en ese plano. De acuerdo a las reglas de lógica y la experiencia humana, ese comportamiento de las partes por tantas décadas y el hecho de que el propio titular del fundo sirviente levantara un plano consignando la existencia de la servidumbre y no de un mero acceso interno, son elementos más que razonables para demostrar ese convenio. (...) Por último, en cuanto a que el fundo de los demandados tiene otro eventual acceso, ello no cambia lo considerado en cuanto a la forma de resolver este asunto, ya que se probó en forma abundante que el camino principal usado por más de 50 años es el que es objeto de litigio, y no se está en presencia de una acción o reconvencción en la que se pretende constituir la obligación de paso propia del ordinal 395 del Código Civil, sino que el punto medular es si existía o no un derecho real de servidumbre constituido por convenio.¹⁴

Este criterio es relevante porque explica la importancia del principio de unidad probatoria en donde todos los elementos de prueba deben considerarse para analizar el objeto del proceso y la procedencia de la pretensión. Para el caso de probar un convenio tácito no existe prueba tasada que restrinja cómo probar la existencia del convenio; estamos ante un sistema de libertad probatoria, por lo cual no se debe restar importancia a una prueba por su carácter escrito o no, todo ello debe analizarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pretensión en comparación con el elenco de hechos y prueba evacuada.

Asimismo, el análisis planteado es especialmente relevante porque destaca la aplicación del principio de unidad probatoria, según el cual todos los elementos de prueba deben analizarse de manera conjunta para evaluar el objeto del proceso y la procedencia de la pretensión. En el caso de un convenio tácito, no existe una prueba tasada que limite los medios para demostrar su existencia.

Nótese que nos encontramos dentro de un sistema de libertad probatoria, en el que ningún elemento debe ser desestimado únicamente por su forma —escrito o no—, sino que su valoración debe realizarse conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en relación con la totalidad de los hechos y la prueba evacuada.

¹⁴ Juzgado Agrario del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica Resolución N° 2023000033 emitida a las 01:36 horas del 8 de febrero de 2023.

Cabe resaltar que la Resolución N° 2023000033 realiza un análisis integral de la prueba testimonial, la declaración de parte y el plano catastrado, determinando que, si bien ninguno de estos elementos por sí solo acredita la existencia del convenio, su valoración conjunta permite concluir que este efectivamente existió, aun en ausencia de un título escrito. Este método de análisis integrado de la prueba catastral y testimonial es el mismo que fue aplicado en la Resolución N° 00869–2012 de la Sala Primera, citada previamente, en la que dicho tribunal también llevó a cabo un examen conjunto del expediente de información posesoria, el plano catastrado y la prueba testimonial y de declaración de parte evacuada.

Finalmente, resulta particularmente relevante el énfasis que hace la Juzgadora en la Resolución N° 2023000033 al señalar que los elementos probatorios permiten esclarecer "con meridiana claridad" la existencia del convenio. Esto pone de manifiesto que, en los casos de naturaleza civil o agraria, la valoración de la prueba se rige por el principio de probabilidad razonable de los hechos, y no por la certeza absoluta propia del proceso penal. Este aspecto es fundamental para los operadores del derecho, pues es frecuente que se otorgue un valor preponderante al documento escrito como medio para acreditar con "certeza" la existencia de un convenio, cuando lo correcto es que, independientemente de la existencia de dicho documento, se analicen de manera objetiva todos los elementos probatorios disponibles para determinar si efectivamente se configuró un acuerdo tácito.

Cabe reiterar que la jurisprudencia agraria en este caso no excluye su aplicación en la jurisdicción civil, ya que el análisis se centra en la interpretación de una norma jurídica. Independientemente de la jurisdicción en la que se examine, la posibilidad de constituir una servidumbre de paso mediante convenio tácito se fundamenta en la literalidad del ordinal 379 del Código Civil, y no en principios específicos de cada materia, los cuales no constituyen el objeto ni inciden en el análisis del problema jurídico planteado.

iii. Diferencias entre el convenio tácito y los actos de mera tolerancia.

Para que pueda reputarse existente un convenio tácito, la posesión no puede ser esporádica ni circunstancial, sino que ha de revelar un uso constante, pacífico y a la vista de la comunidad (público) durante un periodo amplio.

En lo concerniente a este punto, el Tribunal Agrario en la Resolución N° 00878 - 2013 de las 14:48 horas del 6 de setiembre del 2013 señaló lo siguiente en lo que respecta a la diferencia del convenio y los actos de mera tolerancia:

(...) Un uso reiterado de esas actividades, supondrían la existencia de un convenio tácito entre las partes, salvo que de la casuística del caso que demostrada la mera tolerancia, la cual se reviste de

otras características, **como son un acto unilateral y probablemente un tiempo menor de uso, sumado a la ausencia de otros factores, como confianza o familiaridad entre las partes** (...) Es importante al respecto diferenciar el acto tolerado al convenio. La tolerancia es típicamente un acto unilateral que expresa una intención de quien otorga la tolerancia, de permitir una conducta o ciertos actos, sujetos a la condición de que en cualquier momento puede ser revocada, sin reclamo alguno de quien es beneficiario de la misma. En el convenio, aunque sea verbal, hay una expresión clara de consentimiento de las partes. Será un aspecto de prueba la demostración de ese consentimiento (...) (El resaltado es propio).¹⁵

A partir de la citada jurisprudencia, es fundamental destacar las diferencias sustanciales entre el convenio tácito y los actos de mera tolerancia:

El convenio tácito es un acuerdo de voluntades entre el poseedor de la servidumbre (el titular activo de la misma) y el propietario del fondo (pretendidamente) sirviente, mientras que el acto de mera tolerancia corresponde a una conducta unilateral del propietario del fondo sobre el que se realiza el paso, quien permite el uso de su fondo sin expresar un consentimiento formal o prolongado en el tiempo (existe una situación de mera tolerancia o de licencia o permiso esencialmente revocable).

El convenio tácito se configura mediante hechos y actuaciones claras que evidencian el acuerdo entre las partes (la existencia de un negocio jurídico consensual y con eficacia constitutiva de la servidumbre). Puede originarse a través de relaciones de amistad o confianza, a partir de las cuales el propietario expresa su voluntad, aun tácita, de constitución del derecho de paso sobre el fondo se propiedad, que se convierte en fondo sirviente. Por su parte al acto de mera tolerancia usualmente es emana de una persona externa que unilateralmente usa el paso, mas su actuación no se reviste del conocimiento o consentimiento claro del propietario del fondo sirviente sino simplemente un permiso de buena vecindad.

El poseedor que ampara su derecho en un convenio tácito actúa como un poseedor, ejerciendo la servidumbre con *plena disposición* y de buena fe (con la convicción de ostentar la titularidad de un derecho válidamente constituido por un sujeto legitimado para ello), respaldado por un título o acuerdo de voluntades que legitima su válida y eficaz constitución. Es fundamental acotar que, **la posesión basada en un convenio tácito suele ser prolongada, debido a la formalidad del acuerdo y a los hechos contundentes que respaldan su validez.** En cambio, la posesión por mera tolerancia es generalmente breve, ya que el propietario puede interrumpirla a su discreción, esta diferencia suele ser muy útil para detectar si nos hayamos de frente a un convenio tácito o un acto tolerado.

Asimismo, la posesión por convenio tácito es pública y notoria, ya que el poseedor adopta conductas propias de un derechohabiente legítimo, reconocidas por la comunidad.

¹⁵ Tribunal Agrario. “Resolución número 878 del 16 de septiembre del 2013”.

Por otro lado, quien posee por mera tolerancia puede usar la servidumbre, pero su conducta nunca equipara la de un titular legítimo, permaneciendo subordinado al propietario.

La brevedad de su posesión también evidencia ante terceros la falta de legitimidad en su aprovechamiento. En muchos casos, cuando existe un convenio tácito, el propietario del fundo dominante incluso puede ejercitar actos de mantenimiento en el fundo sirviente, ello es clave para identificar la formalidad del convenio de voluntades y su buena fe en la posesión. Por lo tanto, se acredita que existen *signos aparentes claros* de uso de la servidumbre por periodos amplios, lo cual evidencia una voluntad inequívoca de los propietarios del fundo sirviente para que así fuese el uso.

iv. Función económica y social de la servidumbre de paso

El convenio, independientemente de su forma (ya sea verbal, escrito o tácito, según lo establece la legislación vigente), constituye una fuente significativa de derechos reales tanto en el ámbito rural como en el urbano. Este instrumento jurídico no solo define la función económica por la cual se constituye un derecho real, sino también la razón esencial de su nacimiento y el uso que se le otorga desde su constitución. Así, el convenio se convierte en una herramienta clave para regular relaciones entre propietarios y garantizar la funcionalidad de los predios.

Desde un enfoque jurisprudencial, se destaca la **naturaleza social de las servidumbres** y su relevancia en la interpretación legal. En la resolución número 80-1995 de la Sala Primera de Casación de la Corte Suprema de Justicia, se afirma lo siguiente:

*“En el derecho moderno la servidumbre no puede ser concebida como pertenencia. Algunos de sus elementos característicos, como el de destinación, todavía permanecen y asumen aspectos relevantes. En el acto de constitución de la servidumbre existe la intención, de parte del titular dominante, de destinarla a la organización de su fundo, logrando una utilidad económica del otro fundo”.*¹⁶

Este criterio permite acreditar que, en el derecho contemporáneo, las servidumbres no deben entenderse únicamente como una limitación al dominio o como meras posesiones, sino como **instrumentos de organización territorial y optimización económica**. Estas permiten al fundo dominante obtener beneficios concretos del fundo sirviente, no solo en términos económicos, sino también como parte de una visión integral del desarrollo social.

¹⁶ Sala Primera de Casación, de la Corte Suprema de Justicia. “Resolución número 80 de las 14:30 horas del 19 de julio de 1995”.

La concepción de las servidumbres como **instrumentos de carácter social** tiene importantes implicaciones en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que las regulan. Al reconocer su función social, los jueces deben considerar que estas contribuyen al desarrollo económico y social del país, integrándose en la infraestructura y el ordenamiento territorial. No son, por tanto, simples restricciones al derecho de propiedad, sino mecanismos que buscan maximizar el uso y la utilidad de los recursos disponibles.

En este sentido, resulta crucial analizar la **génesis del uso del derecho real**, es decir, los elementos que fundamentan su constitución y que permiten determinar no solo la existencia de un convenio, sino también la buena fe del poseedor. Este análisis incluye la evaluación de los actos realizados por las partes, los signos de consentimiento y la continuidad en el uso de la servidumbre.

Sin embargo, en muchos casos, esta buena fe del poseedor de la servidumbre es ignorada, lo que puede derivar en decisiones que no reconocen la verdadera naturaleza y el propósito del derecho constituido originalmente.

Es imperativo resaltar que, en virtud de su carácter social, las servidumbres y los convenios que las originan deben interpretarse de manera flexible, considerando no solo el texto legal, sino también el contexto económico, social y territorial en el que se desarrollan, garantizando así una aplicación más justa y equilibrada del derecho.

a. Modo de uso de la servidumbre inscrita.

Si bien el propósito principal de este artículo es analizar aquellos casos en los que la servidumbre de paso fue pactada tácitamente entre los propietarios del fundo sirviente y dominante, sin que dicho convenio haya sido previamente inscrito en el Registro, la teoría de la constitución de la servidumbre mediante acuerdo tácito también puede aplicarse en situaciones donde la servidumbre sí ha sido inscrita, pero en la práctica su uso ha evolucionado de manera distinta a lo establecido en el convenio registrado, consolidándose esa nueva forma de utilización a lo largo del tiempo.

El modo en que se ejerce el paso reviste especial importancia, pues no solo refleja la función social y económica de la servidumbre, sino que también evidencia el uso real y efectivo que las partes han dado al derecho de paso. En consecuencia, aun cuando exista un título inscrito, si en la práctica el uso de la servidumbre difiere del estipulado en el convenio registrado, dicho uso sostenido y aceptado entre las partes puede constituir un convenio tácito, siempre que cumpla con los elementos esenciales de un acuerdo y no se trate meramente de actos de tolerancia.

v. La normativa procesal civil de amparo de posesión de la servidumbre

El requisito de contar con un título o convenio para constituir la servidumbre de paso también se encuentra reflejado en el reciente Código Procesal Civil de 2016, que, en consonancia con el Código Civil, establece en el artículo 106, inciso 2, la figura del interdicto de amparo de posesión:

El interdicto de amparo de posesión será procedente cuando el que se haya en la posesión de un inmueble es perturbado por actos que perjudiquen el libre goce del bien o que manifiesten intención de despojo, o bien, cuando estos actos se realizan afectando el uso y el disfrute de bienes públicos, en detrimento de la colectividad. Si la demanda se dirigiera contra quién inmediata y anteriormente poseyó como dueño, quien solicite la protección deberá probar que por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene otro cualquiera legítimo título para poseer, o bien, que actúa en la defensa de intereses difusos cuando se trate de bienes públicos.

Si versara sobre servidumbres continuas no aparentes o sobre discontinuas, el reclamo, para ser atendible, debe fundarse en el título que provenga del propietario del fundo sirviente o de aquellos de quienes este lo hubo. No se requerirá la acreditación de dicho título, cuando se trate de fundos enclavados. (el resultado es propio)

En el caso específico de la servidumbre de paso, el Código Procesal Civil exige que la solicitud de amparo de posesión esté respaldada por un título, lo cual resulta coherente con las disposiciones de los artículos 308 y 379 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 106.2 no define de manera explícita qué se entiende por "título" ni su naturaleza, lo que deja abierta la posibilidad de una interpretación amplia en el ámbito procesal. Esta flexibilidad permite considerar la figura del **convenio o acuerdo tácito** como un título válido para estos efectos.

Es importante destacar que el Código Procesal Civil no establece requisitos específicos sobre las características que debe cumplir el título para interponer un interdicto de amparo de posesión. Ante esta ausencia normativa, resulta fundamental recurrir a la prueba testimonial como medio idóneo para acreditar el denominado "título mudo" entre las partes. Estas pruebas pueden demostrar la existencia de actos continuos, públicos y

pacíficos que evidencien la tradición de la servidumbre y el tiempo durante el cual el poseedor ha ejercido su derecho como si fuera dueño legítimo.

En conclusión, el marco normativo actual reconoce tanto los títulos o convenios independientemente de la forma como las manifestaciones tácitas de voluntad, siempre que estas últimas puedan ser acreditadas mediante pruebas sólidas. Esto refuerza la importancia de interpretar las normas de forma integral, permitiendo que figuras como el convenio tácito cumplan su función de garantizar el ejercicio legítimo de derechos reales en casos de servidumbre de paso.

3. Conclusiones

La constitución de una servidumbre de paso a través de un convenio tácito es viable en la legislación costarricense de conformidad con la literalidad de las normas vigentes civiles, siendo suficiente demostrar la existencia de dicho convenio, independientemente del tipo de prueba que se ofrezca. El Código Civil no define de manera exhaustiva la naturaleza del “convenio” o “título”, permitiendo que estos negocios jurídicos puedan ser expresos, en forma escrita o verbal; y tácitos o inferidos de hechos que evidencien la voluntad del propietario del fundo sirviente de constituir la servidumbre gravando el predio de su propiedad.

La jurisprudencia costarricense respalda esta figura, el criterio de la Sala Primera en la Resolución N° 00869 – 2012 pone de relieve la validez de los convenios tácitos para la constitución de servidumbres, resaltando que lo relevante es acreditar la existencia del negocio jurídico y no necesariamente un documento escrito.

Asimismo, este criterio enfatiza la importancia de los elementos probatorios, como la declaración de parte y la prueba testimonial, para reconstruir la realidad del fundo sirviente y dominante. Aunque la Sala Primera limita la relevancia de los signos aparentes en la constitución de la servidumbre, los considera útiles para analizar la procedencia de los daños reclamados, concluyendo que sería contrario a la lógica permitir que un propietario del fundo sirviente reclame daños por un convenio que previamente consintió.

Este enfoque de la Sala Primera, aunque aislado, abre un debate sobre la importancia del convenio tácito en la constitución de servidumbres, un tema que, si bien enfrenta posturas rígidas en el ámbito civil, encuentra respaldo en la jurisdicción agraria costarricense. Para muestra de ello, la Resolución N° 878 de 2013 del Tribunal Agrario que

razonó que la constitución de una servidumbre no exige, en todos los casos, la inscripción del título que la respalda.

Por el contrario, la normativa contempla que el convenio tácito entre las partes ya sea inscrito o no, puede dar lugar a la creación válida de la servidumbre y omitir esta posibilidad implicaría desconocer la realidad práctica de numerosas relaciones jurídicas que, aunque no formalizadas mediante su inscripción en el registro correspondiente, existen y producen efectos entre las partes involucradas. Asimismo, el análisis de los tribunales agrarios es que la posesión que sea pacífica, pública, ininterrumpida y ejercida a título de dueño de un paso evidencia la percepción del poseedor respecto a la legitimidad de su título. Tal percepción resulta difícil de sostener si no se encuentra respaldada por un convenio previo o por la existencia de un negocio jurídico que ampare el uso del predio ajeno. Por lo anterior, el valor de la posesión para acreditar el convenio tácito es innegable. Ello se respalda en el artículo 1008 del Código Civil, que establece que el consentimiento puede expresarse de manera verbal, escrita o a través de hechos, siempre que sea claro y manifiesto. Esto refuerza la validez del convenio tácito como acto constitutivo de una servidumbre, evidenciado por un uso reiterado, público y no objetado del paso, En contraste, la mera tolerancia es un acto unilateral y revocable que carece de los elementos de publicidad y apariencia necesarios para legitimar una posesión.

La viabilidad de la constitución de servidumbre mediante convenio tácito es concordante con la normativa procesal civil actual como es el caso de la figura regulada en el artículo 106 inciso 2 del Código Procesal Civil que requiere la existencia de un “título” para la solicitud interdictal de amparos de posesión de una servidumbre discontinua y no aparente, sin excluir la validez de convenios tácitos o títulos en general independientemente de su naturaleza La prueba testimonial y la posesión misma en este contexto, resulta idónea para acreditar la existencia de tales acuerdos implícitos.

Tanto la normativa como la jurisprudencia costarricense permiten la constitución de servidumbres de paso mediante convenios tácitos, siempre que se demuestre la voluntad de las partes y no se trate de actos de mera tolerancia. La claridad normativa hace innecesaria una mayor recurrencia a elementos doctrinales, ya que las disposiciones legales son explícitas y coherentes al respecto.

Finalmente, la función económica y social de las servidumbres resalta su importancia en la organización del territorio y en la optimización del uso de los recursos. Este principio incluso permitiría reconocer la constitución de una servidumbre a partir de un modo de uso del paso que, sostenido en el tiempo y aceptado por las partes, difiera de lo estipulado en un título previamente inscrito. Una interpretación flexible y contextual del

convenio tácito, en armonía con las necesidades de las partes y de la comunidad, garantiza una aplicación del derecho que equilibra los intereses individuales y colectivos, favoreciendo así el desarrollo integral del país.

Como recomendación final, se insta a los operadores del derecho y, en particular, a los honorables jueces del sistema judicial a realizar un análisis profundo de este tema y a considerar una interpretación más flexible en esta materia. Es relevante cuestionar los orígenes y la naturaleza de la norma y la historia y realidad del caso en concreto en que se constituyó la servidumbre, antes de seguir un criterio jurisprudencial y doctrinal tradicional como el que se ha utilizado para tratar el tema en cuestión en Costa Rica.

4. Bibliografía

Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Ley 63: Código Civil de Costa Rica”. SINALEVI. Procuraduría General de la República. 1887.

Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de los Bienes. Con notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagné. Ed. Juricentro S. A, 2001.

Busto Lago, José Manuel. La Usucapión de la Titularidad de la servidumbre Predial de Paso. Madrid, España, EDERSA, 2000.

García Murillo, José Daniel y Barboza Castro, Natalia. “El reconocimiento de la usucapión y el convenio tácito en la adquisición de las servidumbres de paso en Costa Rica”. Tesis para optar por el grado de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2023.

Guerrero Portilla, Ricardo. La servidumbre de paso. Editorial Alma Mater, 1986.

Juzgado Agrario del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica Resolución N° 2023000033 emitida a las 01:36 horas del 8 de febrero de 2023

JOSE DANIEL GARCÍA MURILLO: La constitución de servidumbres de paso mediante convenio tácito en Costa Rica

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. “Resolución N° 92 de las 10:00 horas el 21 de junio de 1991”.

Sala Primera de Casación, de la Corte Suprema de Justicia. “Resolución número 80 de las 14:30 horas del 19 de julio de 1995”.

Trujillo Calle, Bernardo. De la Buena Fe. Estudios de Derecho, 31, No 82, 1972.

Tribunal Agrario. “Resolución número 00045 del 5 de febrero de 2004”.

Tribunal Agrario. “Resolución número 878, de las 14 horas y 48 minutos, del 16 de septiembre del 2013”.

Ulate Chacón, Enrique Napoleón. “Código Civil: Evolución Actual de los Institutos, Derechos Reales Agrarios, Posesión de Derechos y Otras Acciones”. Revista de Ciencias Jurídicas, No 115, San José, Costa Rica, enero- abril, 2008.

Ulate Chacón, Enrique Napoleón. Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria. San José, Costa Rica. CONAMAJ, 2006.

Zeledón Zeledón, Ricardo. Código civil y realidad. Editorial Alma mater: Costa Rica, 1987.

Zeledón Zeledón, Ricardo. “La Posesión y la Buena Fe de la Usucapión”. Revista Judicial, No. 29, 1984.